

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X
Edição 103 - Fevereiro de 2009
R\$ 16,90

DEPUTADO

MICHEL TEMER

**A RESPONSABILIDADE DO
PODER LEGISLATIVO**

SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS – REGIME JURÍDICO E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Renato Alves Bernardo da Cunha
Analista Processual do Ministério Público Federal

O regime jurídico que disciplina as relações de trabalho entre os servidores públicos (*lato sensu*) e o Estado é tema recorrente na doutrina e na jurisprudência pátria, formando-se, ao longo do tempo, a tradicional classificação dicotômica: ou são servidores públicos estatutários (ou servidores públicos em sentido estrito ou somente servidores públicos) ou são empregados públicos (também chamados “servidores públicos celetistas”).

Enquanto os primeiros ocupam cargos públicos (de provimento efetivo ou em comissão) e submetem-se às normas unilateralmente estabelecidas pela Administração Pública (regime jurídico estatutário)¹, os segundos ocupam empregos públicos e são regidos precipuamente pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, mitigadas por algumas normas administrativas (regime jurídico celetista ou contratual)².

No contexto da evolução do Direito Administrativo e da própria re-engenharia do Estado, vem surgindo, entre tantos desafios, a necessidade de se apresentar soluções às situações de caráter excepcional e emergencial, que demandam a contratação temporária de servidores públicos, em razão, até mesmo, do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Em vista disso, surgem dúvidas acerca do regime jurídico aplicável aos servidores públicos temporários. Seriam eles estatutários, celetistas ou um *tertium genus*?

A questão ainda é controvertida, podendo-se encontrar posicionamentos em sentidos diversos, como será analisado.

A contratação temporária tem como matiz constitucional o art. 37, IX, da Carta Política, o qual prescreve que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Daí, se infere que cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no âmbito de suas atribuições, possui competência para editar a sua própria lei, disciplinando a contratação temporária de excepcional interesse público.

No caso da União, foi publicada a Lei Federal nº 8.745/93, que, nos termos do seu artigo 1º, estabeleceu que, “para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Pública Federal Direta, as Autarquias e as Fundações Públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei”.

A citada norma não determina, expressamente, dentro da dualidade paradigmática de celetistas e estatutários, qual desses regimes jurídicos seria aplicável. Ao contrário, ampliou as dúvidas sobre o assunto.

Se, por um lado, ela menciona os termos “contrato”, “contratado” e “contratação” em quase todos os seus artigos (denotando um vínculo jurídico contratual, como é o celetista), por outro lado, o seu artigo 11 determina a



aplicação de dispositivos da Lei nº 8.112/90 (que disciplina os servidores federais estatutários) aos temporários.

Em razão disso, Lucas Rocha Furtado observa que, “não obstante seja celebrado contrato de prestação de serviço, em razão da aplicação ao servidor temporário de regras pertinentes aos servidores públicos, na prática, sua condição jurídica muito se aproxima destes últimos ou, ao menos, é mais próxima aos servidores públicos que dos empregados públicos”³.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho classifica o regime jurídico dos temporários como “especial”, em que há contratação, mas sujeita à regência de normas jurídicas que os aproximam dos estatutários:

“O regime especial visa a disciplinar uma categoria específica de servidores: os servidores temporários. (...)

Outro ponto a ser examinado é o relativo à natureza da relação jurídica funcional. Diz a Constituição que a lei estabelecerá os casos de contratação desses servidores. Assim dizendo, só se pode entender que o Constituinte pretendeu caracterizar essa relação funcional como de natureza contratual. Não obstante essa qualificação, a lei instituidora do regime certamente poderá incluir algumas normas que mais se aproximem do regime estatutário. O que não poderá, obviamente, é fixar outra qualificação, que não a contratual.”⁴

Também aproximando os temporários dos estatutários, o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles ensina que “os contratados por prazo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral de previdência social.”⁵

Compartilha do mesmo posicionamento a respeitável administrativista Odete Medauar, segundo a qual, “nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 37, IX, podem-se considerar, sob regime especial, os servidores contratados por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, na conformidade da lei.”⁶

Posicionamento um pouco diferente é sustentado por Henrique Savonitti Miranda. O autor entende que os temporários não ocupam cargos ou empregos públicos, mas, tão-somente, “funções públicas”, afirmando que eles “são pessoas contratadas pelo Poder Público, sob o liame da Consolidação da Legislação do Trabalho, para o desempenho de atividades transitórias, de caráter emergencial ou não, desde que comprovadas razões de excepcional interesse público, conforme estabelecido em lei.”⁷

A atribuição do chamado “Regime Jurídico Especial” (nem estatutário e nem celetista) aos contratados temporariamente possivelmente se configura numa solução jurídica, para conciliar as contingências da Administração Pública, nos termos previstos no art. 37, IX, da Constituição Federal, com a regra imperativa do art. 37, II, da Carta Política, que exige prévia aprovação em concurso público, para a investidura em cargo ou emprego público (ressalvadas as nomeações para os cargos em comissão).

Afinal, a simples contratação, sem a observância do texto constitucional, tem por consequência a nulidade do ajuste, não gerando efeitos trabalhistas, conforme se posiciona o Tribunal Superior do trabalho, nos termos da Súmula 363, *in verbis*:

“CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Apesar disso, não se vislumbra óbice à adoção do regime jurídico celetista para os servidores temporários, mostrando-se ele compatível com o texto constitucional.

A uma, a situação dos temporários, legitimamente prevista e excepcionada pela Lei Maior, não se equipara ao empregado contratado irregularmente.

A duas, o art. 37, IX, da Constituição Federal menciona o termo “contratação”, denotando a existência de um contrato de trabalho entre eles e a Administração Pública.

A três, o servidor temporário ostenta a condição de empregador e, não, de mero prestador de serviço, em vista

“DE QUALQUER SORTE, AINDA QUE O VÍNCULO ENTRE OS TEMPORÁRIOS E O ESTADO CONSTITUA UM TERTIUM GENUS (NEM CARGO E NEM EMPREGO PÚBLICO), A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS LIDES DELE DECORRENTES DEVE SER DA JUSTIÇA DO TRABALHO.”

da presença dos requisitos necessários à configuração de uma relação de emprego (pessoalidade, onerosidade, habitualidade, subordinação e alteridade).

A quatro, a acepção “Regime Jurídico Especial” é um tanto vaga, imprecisa e não esclarece, de forma técnica ou científica, qual o tratamento jurídico dado, de maneira uniforme, aos servidores temporários.

Demais disso, as próprias normas trabalhistas dispõem sobre institutos afins, como o contrato por prazo determinado⁸ e o contrato temporário⁹, não havendo entrave à sua aplicação, quando se tratar de contratos temporários no serviço público, no que não se confrontar com as normas específicas, a exemplo do que dispõe o art. 1º, da Lei nº 9.962/2000 (que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional), ao dispor:

“o pessoal admitido para emprego público na Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.”

Por conseguinte, sem que haja qualquer ofensa ao texto constitucional, é viável a adoção de um regime jurídico celetista aos temporários, assim como ocorre com o empregado público, fundado precipuamente em normas trabalhistas, derogadas por algumas regras específicas estabelecidas na lei de cada ente político contratante.

De qualquer sorte, ainda que o vínculo entre os temporários e o Estado constitua um *tertium genus* (nem cargo e nem emprego público), a competência para processar e julgar as lides dele decorrentes deve ser da Justiça do Trabalho.

Afinal, o art. 114, I, da Constituição Federal, que, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliou a competência material da justiça especializada, para abranger

“relações de trabalho”, abrange, sem qualquer restrição, os entes de direito público externo e da Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como revela a sua redação:

“Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

O dispositivo constitucional, que é regra geral, somente deve ser excepcionado em relação às lides relativas aos servidores públicos estatutários, como proclamou o Supremo Tribunal Federal na ADIN-MC 3.395, excluindo expressamente da alçada da Justiça Laboral os servidores públicos estatutários.

A marcante decisão ficou assim ementada:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.”

(ADIN-MC 3.395/DF, STF, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ. 10/11/2006)

Seguindo-se princípio basilar da hermenêutica, a exceção à regra deve ser interpretada restritivamente, de sorte que as lides entre trabalhadores e Poder Público só podem ser afastadas da competência da Justiça do Trabalho em relação aos estatutários, não alcançando os temporários.

A própria Corte Excelsa, em decisão anterior ao julgado da ação direta de constitucionalidade supra mencionada, já havia se manifestado no sentido de que a ação pertinente ao contrato de trabalho por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público consubstancia-se típica demanda trabalhista contra pessoa jurídica de direito público, competindo à Justiça Laboral julgá-la:

“Conflito de competência. 2. Reclamação trabalhista contra Município. Procedência dos pedidos em 1ª e 2ª instâncias. 3. Recurso de Revista provido para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, sob fundamento no sentido de que, na hipótese, o contrato é de natureza eminentemente administrativa. Lei Municipal nº 2378/89. Regime administrativo especial. 4. Contrato por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Típica demanda trabalhista contra pessoa jurídica de direito público. Competência da Justiça do Trabalho. Art.

114 da Constituição. Precedentes. 5. Conflito de competência procedente.”

(CC 7.128/SC, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ. 1/4/2005)

Entretanto, em julgamentos publicados no ano de 2008, a Suprema Corte considerou que os contratos temporários, firmados pelo Poder Público, com base no estatuto jurídico de seus servidores, submetem-se ao regime jurídico-administrativo, de modo a afastar a incidência do art. 114, I, da Constituição Federal e a incluir os efeitos da ADIN 3.395-MC a essa hipótese.

As importantes decisões do Plenário do Pretório Excelso refletem o seu último posicionamento, que parece estar, agora, pacificado, resumindo-se nos termos expressos nas ementas a seguir:

“RECLAMAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES–ANATEL.CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.395. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes do inc. XXIII, art. 19, da Lei n. 9.472/97 e do inciso IX, art. 37, da Constituição da República. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente.”

(RCL 5.171/DF, STF, Rel. Min. Carmen Lúcia, Plenário, maioria, DJ. 3/10/2008)

“RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395/DF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. Contrato firmado entre o Reclamante e o Interessado tem natureza jurídica-administrativa, duração temporária e submete-se a regime específico, estabelecido pela Lei sergipana nº 2.781/1990, regulamentada pelo Decreto nº 11.203/1990. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente.”

(RCL 4.904/SE, STF, Rel. Min. Carmen Lúcia, Plenário, maioria, DJ. 17/10/2008)

“CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR NA ADI 3.357. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME

TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA. 1. No julgamento da ADI 3.395-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I, artigo 114, da CF (na redação da EC 45/2004), que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazonense nº 2.607/00, que minudenciou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato. Caracterização de vínculo jurídico-administrativo entre contratante e contratados. 3. Procedência do pedido. 4. Agravo regimental prejudicado.”

(RCL 5.381/AM, STF, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, maioria, DJ. 8/8/2008)

“AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECLAMAÇÃO. ADI-MC 3.395/DF. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. 2. No julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.395/DF, entendeu o Tribunal que o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária, entendida esta como a relação de cunho jurídico-administrativo. Os contratos temporários firmados pelo Poder Público, com base no estatuto jurídico de seus servidores, submetem-se ao regime jurídico-administrativo. 3. Não compete ao Tribunal, no âmbito estreito de cognição próprio da reclamação constitucional, analisar a regularidade constitucional e legal das contratações temporárias realizadas pelo Poder Público. 4. Agravos regimentais desprovidos, à unanimidade, nos termos do voto do Relator.”

(AgRg na MC na Recl nº 4.990/PB, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, unânime, DJ. 13/3/2008)

Esse entendimento, aliás, que já vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a contratação de temporários para atender a necessidades de excepcional interesse público, tal como prevista no art. 37, IX, da CF, tem natureza nitidamente administrativa, observando, em regra, o regime jurídico estatutário, competindo à Justiça Comum o julgamento das demandas dela oriundas¹⁰.

Com a devida *vênia*, o atual posicionamento pretoriano não parece ser o mais adequado, uma vez que os temporários, mesmo sendo uma categoria especial de servidores públicos (daí, a denominação “Regime Jurídico Especial”), são contratados, e não, nomeados ou designados unilateralmente pelo Poder Público, de modo que deve haver distinção em relação aos estatutários.

De mais a mais, conforme já demonstrado, não se encontra óbice à aplicação do regime celetista a temporários.

Finalmente, a competência da Justiça do Trabalho,

ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, deve abranger as lides oriundas de relações de trabalho dos temporários, posto que o Supremo Tribunal Federal somente afastou a sua incidência em relação aos servidores públicos estatutários, nos termos do julgamento da ADIN-MC 3.395.

Conclusões

Os agentes públicos temporários, contratados para atender a necessidades emergenciais, sujeitam-se a Regime Jurídico Especial, o qual deve basear-se nas normas trabalhistas e nas regras específicas que são estabelecidas na lei de cada ente político contratante. Não ocupam nem emprego e nem cargo público, os quais devem ser reservados aos previamente aprovados em concurso público (regra constitucional do art. 37, II).

Assim sendo, não se demonstra correto o entendimento pretoriano segundo o qual a contratação dos temporários tem natureza administrativa, seu regime jurídico é o estatutário e suas lides devem ser processadas e julgadas pela Justiça Comum.

Em primeiro lugar, porque esses servidores não são investidos em cargos públicos e não aderem necessariamente a um estatuto. São contratados, mediante processo seletivo simplificado (que não é concurso público), para exercer, transitoriamente, função pública, em atendimento à necessidade de excepcional interesse público. Não são nomeados ou designados unilateralmente pelo Poder Público, como ocorre com os estatutários.

Em segundo lugar, não se verifica qualquer óbice à adoção do regime jurídico celetista a essa categoria de trabalhadores. Pelo contrário, esse é o regime que, por excelência, é mais adequado ao vínculo transitório.

Em terceiro lugar, o argumento de que os contratos temporários têm fundamento na lei, por si só, não é suficiente para atribuir regime estatutário aos temporários.

É cediço que as leis (em sentido amplo) regem as atividades da Administração Pública, devendo os atos administrativos conformarem-se a elas (princípio da legalidade). Todavia, nas situações em que houver contratação, como ocorre na admissão de empregados públicos e de servidores temporários, o contrato é fonte imediata de direitos e deve respeitar os limites da lei, a fonte mediata.

Ou seja, em se tratando de servidor público (em sentido amplo), sempre deverá haver uma lei de regência, acerca de seu vínculo com a Administração. Porém, os servidores públicos estatutários têm como fonte imediata uma lei (estatuto), enquanto os empregados públicos e os temporários são regidos primordialmente pelos termos do contrato (fonte imediata) e, secundariamente, pela lei (fonte mediata).

Afinal, no serviço público, não existe um regime jurídico puramente celetista, tal como ocorre na iniciativa privada.

Por fim, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, para

abranger todas as lides oriundas de relações de trabalho, inclusive aquelas entre os servidores públicos e as entidades da Administração Pública Direta e Indireta, nos termos do novel art. 114, I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN-MC 3.395, excepcionou e afastou a incidência desse dispositivo constitucional somente, e tão-somente, em relação às lides estatutárias, não podendo alcançar aquelas envolvendo os servidores públicos temporários.



NOTAS

¹ Segundo Odete Medauar (*in* Direito Administrativo Moderno. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 268-269), “o regime estatutário é aquele em que os direitos, deveres e demais aspectos da vida funcional do servidor estão contidos basicamente numa lei denominada Estatuto (...) O Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional dos ocupantes de cargos em comissão (...)”.

² A mesma autora (*in ibidem*, p. 269) assevera que, no regime celetista, os servidores têm seus direitos e deveres norteados, nuclearmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso, recebem a denominação de “empregados públicos”, numa analogia com o setor privado, em que se usam os termos “empregado” e “empregador”. Assim, o emprego público é o posto de trabalho de quem é contratado pela CLT. Esse é o regime de todos que trabalham nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, conforme determina o art. 173, §§ 1º e 2º, da CF.

³ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 895.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 543.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 410.

⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 268-270.

⁷ MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de direito administrativo. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 142-143.

⁸ O contrato por prazo determinado está disposto no art. 443 da CLT, nos seguintes termos:

“Art. 443 – O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º – Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º – O contrato por prazo determinado só será válido, em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.”

⁹ O art. 2º da Lei nº 6.019/74 estabelece que “trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.”

¹⁰ Conforme vem decidindo a Terceira Seção do STJ, em reiterados julgados, dentre os quais podem ser destacados os seguintes: CC 94.627/RS, CC 52.505/AM, CC 40.174/PR, CC 37.154/RJ. Por outro lado, firmou-se na Corte Superior o entendimento, no sentido de que, havendo irregularidade na contratação temporária, passando ela a ter caráter indeterminado, com a anuência do Estado, o vínculo entre as partes passa a ser regido por normas da CLT. Vide CC 78.695/RJ, CC 70.226/PA, CC 65.825/BA, AgRg no CC 58.146/SC, CC 33.841/SP.